PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Exceção de Pré-executividade: questões polêmicas

por

Flavian Cristiane Viga da Silveira

orientador: Leonardo Duncan Moreira Lima

2005.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

Exceção de Pré-executividade: questões polêmicas

por

Flavian Cristiane Viga da Silveira

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Leonardo Duncan Moreira Lima

2005.1

Resumo

A presente monografia apresentará as inovações processuais ocorridas no âmbito do processo de execução, no que se refere ao meio de defesa de que se pode valer o executado dentro do próprio processo executivo, conhecido como Exceção de Pré-Executividade.

O tema exceção de pré-executividade, no entanto, apresenta polêmicas que persistem até hoje, em razão da carência de previsão legal.

Dessa forma, este trabalho tem como missão abordar a exceção de pré-executividade, analisando, desde as primeiras controvérsias sobre o assunto, originadas da discussão do cabimento ou não desta nova figura no ordenamento processual civil, até os últimos esforços doutrinários no sentido de sistematizar a matéria.

O ponto nodal deste trabalho é exatamente este, criar um meio de discussão que facilite a compreensão do instituto da Exceção de Pré-Executividade, que vem conquistando a afeição dos Tribunais e ampliando seu rol de possibilidades no cotidiano forense; com a finalidade de ajustar e aprimorá-lo ao sistema vigente, tendo em vista o esforço desprendido para harmonizar o tema às peculiaridades do processo executivo.

Sumário

I – Introdução 4
III – Surgimento da Exceção de Pré-executividade na Doutrina Processual Civil Brasileira.....6
II – Princípios Norteadores da Aplicação do Instituto.....9
IV – Opção Terminológica.....12
V – Natureza Jurídica 15
VI – Oportunidade.....17
VII – Legitimidade.....20
VIII – Cabimento da Exceção de Pré-executividade.....23
VIII. 1) Hipóteses de Cabimento.....25
VIII. 1.1) Ausência dos Pressupostos Processuais e Condições da Ação.....25
VIII. 1. 2) Falta ou Vício do Título Executivo.....26
VIII. 1. 2. 1) Títulos Rasgados, Rasurados ou Emendados.....28
VIII. 1. 2. 2) Falsidade da Assinatura do Título Executivo.....29
VIII. 1. 3) Nulidade da Execução.....30
VIII. 1. 3. 1) Nulidade da Penhora.....32
VIII. 1. 3. 2) Nulidade da Arrematação.....33
VIII. 1. 4) Prescrição.....34
VIII. 1. 5) Pagamento.....37
VIII. 1. 6) Excesso de Execução.....40
IX – A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal.....43
X – Efeitos da Exceção de Pré-executividade.....48
XI – Exceção de Pré-executividade e os Embargos.....52
XII – Conclusão.....55
XIII – Referências Bibliográficas.....58

Lista de abreviações

AC – Apelação Cível

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

Art. – artigo

C.C. – Câmara Cível

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

DJU – Diário da Justiça da União

DO – Diário Oficial

ed. – edição ou editora

ibid - ibidem

inc. – inciso

j. - julgamento

Min. – Ministro

nº - número

Op. cit. – *Opus citatum*

p. – página

Resp – Recurso Especial

Rel. – Relator

STJ – Superior Tribunal de Justiça

vol. - volume

I - Introdução

Notadamente, a legislação processual brasileira erige o exeqüente a uma posição vantajosa em relação ao executado, na medida em que não contempla meios de defesa no bojo do processo de execução, concebendo remédio único e universal, a ação incidental de embargos, conforme se extrai da leitura dos arts. 736 e seguintes do CPC.

No entanto, existem casos em que é possível evidenciar de plano que a execução é fadada ao insucesso, ou que se encontra desprovida de seus requisitos indispensáveis de admissibilidade. Soa, no mínimo, como um contra-senso exigir que o patrimônio do executado se submeta a constrição judicial para somente após se afirmar que aquele ato não poderia ter sido praticado.

Nessas hipóteses, o oferecimento de embargos representaria uma injustiça praticada contra o devedor. Isso porque o mencionado diploma legal exige como pressuposto para o oferecimento de embargos a prévia segurança do juízo, através da penhora ou depósito, que podem acarretar graves danos ao executado indevidamente atingido (como a paralisação de suas atividades econômicas e outras conseqüências imprevisíveis).

Pois bem. Em função desses casos de visível injustiça, doutrina e jurisprudência lograram fazer emergir outra via de defesa, independentemente dos embargos e da segurança do juízo. Assim, surgiu a exceção de pré-executividade, visando impedir a invasão da esfera jurídica do executado.

Este trabalho certamente não esgota o assunto sobre a exceção de pré-executividade, mas tenta fazer uma exposição objetiva das características intrínsecas do instituto, abordando a diversidade de entendimentos existentes em razão da ausência de previsão legal, que vão desde a opção terminológica, a natureza jurídica, a oportunidade, a legitimidade para o oferecimento, até as polêmicas hipóteses de cabimento e seus efeitos.

Procura-se, ainda, enfocar a utilização do instituto como instrumento ágil e eficaz, para tornar o processo executivo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, de acordo com as modernas tendências do Direito Processual Civil, que buscam a efetividade do processo.

II – Surgimento da Exceção de Pré-executividade na Doutrina Processual Civil Brasileira

A exceção de pré-executividade ganhou os seus contornos como meio de defesa na execução somente em 1966, com o parecer nº 95 elaborado por Pontes de Miranda [1], a partir da consulta feita pela Companhia Siderúrgica Mannesman.

Em seu parecer, Pontes de Miranda opinou a favor da Companhia, que vinha sofrendo inúmeras execuções e pedidos de falência, sempre com base em títulos que continham assinaturas falsas. O processualista sustentou que seria injusto exigir da empresa a garantia do juízo, antes de se discutir se aquelas execuções poderiam prosperar. Caso assim não fosse, acarretariam um prejuízo injustificável ao executado.

Na visão de Pontes de Miranda, a ação de execução tem requisitos próprios, que podem e devem ser examinados antes da agressão ao patrimônio do devedor, seja de ofício ou por provocação da parte, cuja defesa não está exaurida no conceito de "embargos do executado".

Muito antes da elaboração do referido parecer, existiu no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que previa essa forma de defesa do executado. O Decreto nº 848, de 11.11.1890, que cuidou da Organização da Justiça Federal, estabelecia que, no processo de execução fiscal, se o réu comparecesse para se defender antes de feita a penhora, não seria ouvido sem que antes assegurasse o juízo, salvo se exibisse documento autêntico de pagamento da dívida, ou que comprovasse a anulação desta.

---

(1) MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p. 125. Apud. NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003. p. 174.

No entanto, foi com base no ilustre parecer deixado por Pontes de Miranda, que a doutrina e a jurisprudência começaram a admitir o questionamento de vícios ou de falhas relacionados aos requisitos de admissibilidade da execução, no próprio processo executivo, independentemente da garantia do juízo.

Vozes isoladas negam o cabimento da exceção de pré-executividade, e sustentam que o único meio de defesa para o executado se opor à execução são os embargos.

A doutrina reconhece ser o parecer elaborado por Alcides de Mendonça Lima, incontestavelmente, o principal posicionamento sustentado contra a viabilidade da exceção de pré-executividade idealizada por Pontes de Miranda.

A posição contrária desse autor se escora na rígida e literal disposição do artigo 737 do CPC. Ele argumenta que, no direito processual brasileiro, em virtude da posição de prevalência do credor em relação ao devedor, a única via de defesa do executado prevista em lei é a ação de embargos de devedor.

Assim, o referido parecer, solicitado por uma empresa que figurava no pólo ativo da demanda executiva, sustenta que qualquer alegação do devedor deveria estar condicionada à segurança do juízo, caso contrário, não mais haveria embargos com penhora, pois o devedor sempre arranjaria argumento ardiloso para se eximir deste ato constritivo. Destaca-se abaixo as severas críticas tecidas pelo autor:

> "Será, sem dúvida, o caos do processo de execução, não mais protegendo o credor, como é de sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica."[2]

Em sentido oposto, Galeno Lacerda, aderindo à tese de Pontes de Miranda, redigiu importante artigo, no qual afirma:

> "Na defesa do executado, há exceções prévias, *lato sensu* que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. (...) Se o atual CPC exige, no art. 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória (...) Se estes pressupostos ou condições inexistem, ou ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes."[3]

Em que pese a ausência de previsão legal acerca da matéria, a doutrina moderna reconhece a utilização da exceção de pré-executividade, tendo a jurisprudência não só apreciado e acolhido o incidente em inúmeras hipóteses, como, também, reconhecido casos escandalosos em que se afigura injusto ou abusivo submeter o patrimônio do devedor aparente à penhora por tempo indeterminado, cujos efeitos são, sabidamente, graves.

---

(2) LIMA, Alcides de. *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 280.
(3) LACERDA, Galeno. *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo.* Porto Alegre: *Ajuris* 23, 1981. p. 7.

III - Princípios Norteadores da Aplicação do Instituto

Na atual fase instrumentalista, o processo deixa de ser um mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, e passou a priorizar os resultados, buscando tratar o processo como um meio de acesso "à ordem jurídica justa", destinado a alcançar, além seus escopos jurídicos, seus fins sociais e políticos, para melhor assistir à sociedade e ao Estado.

Nesse contexto, o direito à tutela jurisdicional efetiva pressupõe o direito das partes de obter uma rápida e justa resolução dos litígios, o que implica uma decisão num lapso de tempo razoável, a fim de atender, de modo mais completo e eficiente possível ao pleito daquele que exerceu seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa.

Levando-se em conta os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, o instituto da exceção de pré-executividade parte do pressuposto de que não se pode dar início a uma execução que não preenche todos os requisitos legais, sob pena do Estado vir a cometer um ato ilegal, pois se estaria privando o devedor de seus bens sem a observância deste último princípio, o que constitui uma afronta a direito assegurado a qualquer cidadão, previsto no artigo 5º, LIV, da CF.

Deve-se ressaltar, ainda, que, embora destinada a produzir resultados práticos e não julgamentos, a execução não é impermeável à cognição. Logo, o processo executivo não pode ser um conjunto de atividades "cegas", sem qualquer controle de justiça ou de regularidade. Esse poder de controle deve ser efetivamente exercido no processo de execução como em qualquer outro, pois o juiz tem o dever de examinar preliminarmente os pressupostos processuais e as condições da ação, cuja verificação não pode ficar condicionada a formais

iniciativas das partes. Isso porque tais requisitos constituem matéria de ordem pública, cuja inobservância torna inadmissível a ação e acarreta a extinção do processo executivo.

Além desses requisitos de admissibilidade, existem matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, por questões de ordem pública e, ainda, aquelas atinentes ao mérito que permitem o conhecimento de plano, pelo juiz, do direito invocado pelo executado, sem a necessidade de dilação probatória.

Diante desses casos, indaga-se: seria razoável exigir do devedor a prévia segurança do juízo quando existe a certeza de que a execução não pode prosperar, por ser nula ou mesmo inexistente? E, ainda, na hipótese de ser insuficiente o patrimônio do devedor, seria justo negar-lhe o direito à defesa por demasiado formalismo?

Há quem entenda ser inconstitucional a exigência da penhora para ajuizamento da ação de embargos, na medida em que torna impossível o direito de defesa, no caso de o devedor não possuir bens para garantir o juízo.

Esse não é o posicionamento majoritário da doutrina, que vê a prévia garantia do juízo como exigência fundamental para, na execução de sentença, assegurar a imutabilidade absoluta da coisa julgada e, na execução de título extrajudicial, a forte probabilidade que se confere ao título, decorrente da lei (exceto em algumas hipóteses, que este trabalho procurará demonstrar).

Pelos motivos acima expostos, a admissibilidade da exceção de pré-executividade deve ser regida por uma razoável linha de equilíbrio entre os interesses do exeqüente e os do executado, sem comprimir exageradamente o

patrimônio deste, mas também sem retardar além do razoável a tutela jurisdicional devida àquele.

Observe-se que a maioria da doutrina tem entendido que, nos casos em que for possível constatar *prima facie* que o devedor é injustamente demandado, este tem o direito de se ver livre do processo o mais rápido possível. Frise-se o que Tereza Arruda Alvim Wambier, diz a respeito:

> "Seria um absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é o de evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso. É justamente a isso que se visa com o possibilitar que o executado alegue certo tipo de 'defesa', mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar necessariamente a extinção daquilo que nem execução chegou a ser."[4]

Assim, os operadores do direito vêm acolhendo com freqüência a exceção de pré-executividade, cuja introdução no sistema processual civil se mostra essencial para assegurar soluções justas a casos concretos, evitando-se, assim, onerar àquele a quem o direito efetivamente tem de acudir.

(4) WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 38.

IV - Opção Terminológica

Até mesmo quanto à denominação do instituto existe profunda divergência entre os autores.

Marcos Valls Feu Rosa afirma que a denominação "exceção de pré-executividade" se deu porque Pontes de Miranda a propôs sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, época em que a expressão 'exceção' abrangia toda e qualquer defesa do réu."[5]

Em sua obra sobre o tema, Alberto Camiña Moreira insiste em que seja utilizado o termo "exceção de pré-executividade", e explica que este pretende significar a possibilidade da exceção antes do início da atividade executória (ou seja, antes da penhora), conquanto não se limite a esse momento, podendo ser alegada posteriormente, até mesmo após os embargos do devedor. Veja a explicação do autor:

> "Com a devida vênia constitui equívoco apanhar o termo exceção, como utilizado pelo Código de Processo Civil, para não admiti-lo na expressão 'exceção de pré-executividade', pois, obviamente, os significados são distintos. Exceção de pré-executividade não significa defesa indireta contra o órgão julgador." [6]

No entanto, seguindo raciocínio distinto, alguns autores entendem que a expressão "exceção de pré-executividade" é imprópria porque "exceção" traz ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão porque não oposta a exceção ocorreria a preclusão.

---

(5) ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-executividade:* Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 94.
(6) MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa Sem Embargos do Executado:* Exceção de Pré-executividade. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 38.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior[7], que entende ser a expressão "objeção de pré-executividade" a mais correta, porque esse meio de defesa se limita às matérias de ordem pública, que podem ser decretadas de ofício pelo juiz e, por isso insuscetíveis de preclusão.

Em artigo recente, o professor José Carlos Barbosa Moreira[8] critica severamente a imprecisão terminológica em que têm incorrido a doutrina e a jurisprudência a respeito do tema. Sob sua ótica, "exceção de pré-executividade" é uma expressão inadequada para designar o instituto. O autor analisa a questão sob dois fundamentos. Primeiramente, discorda da utilização do termo "exceção", porquanto este tem sido, ao longo dos tempos, empregado para designar gênero de defesa, onde, a rigor, não cabe a apreciação de ofício pelo juiz; ao passo que, as matérias que mais comumente se arrolam através do instituto são aquelas possíveis de conhecimento *ex officio*. Sustenta, ainda, que a expressão "pré-executividade" seria igualmente incorreta, posto que o substantivo abstrato "executividade" indica a qualidade daquilo que é executivo. Como essa característica é própria do processo e do título executivo, o prefixo "pré" os atingiria, levando a pensar em "processo pré-executivo ou título pré-executivo", expressando a idéia de anterioridade, em evidente inadequação terminológica. Por fim, afirma o professor que "o que se pretende através da utilização da expressão 'pré-executividade' é negar à executividade, dizer que, apesar das aparências, ela não existe. Melhor seria então falar em 'não-executividade' que em 'pré-executividade'."

No mesmo diapasão se posiciona Cândido Rangel Dinamarco. Este autor

(7) NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1.184.
(8) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119/121.

entende que o mais adequado seria dizer "objeção de não-executividade". Veja-se:

> "É uma objeção, não uma exceção em sentido estrito, justamente porque esta depende sempre de alegação pela parte, e as objeções não: chamam-se objeções as defesas que o juiz pode e deve conhecer de ofício, embora tenham as partes a faculdade de formulá-las. Mas por que pré-executividade? O fato de se tratar de defesas a serem opostas antes de qualquer constrição judicial, consistentes em alegar a inexistência de requisitos para executar, não significa que se trate de uma executividade prévia, ou pré-executividade."[9]

Em que pese as considerações dos mencionados autores, não parece ser equivocado a denominação do termo "exceção" de pré-executividade, em vez de "objeção" de pré-executividade, como sugerido, porquanto a defesa consistirá numa ou noutra dessas modalidades, conforme a natureza das questões suscitadas: se de ordem pública, objeção; se de ordem privada, exceção.

No entanto, é forçoso reconhecer que a expressão exceção de pré-executividade já se consolidou na doutrina e na jurisprudência, sendo a mais conhecida e comumente usada no cotidiano forense.

(9) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 715.

V - Natureza Jurídica

Não é tarefa simples estabelecer qual a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, visto que se trata de tema controvertido.

No entendimento de Marcos Valls Feu Rosa, a exceção de pré-executividade, sobre o prisma do devedor, "pode se considerada uma defesa, através da qual se pede a extinção do processo, por ausência dos requisitos legais" [10].

Luiz Peixoto de Siqueira Filho entende que, em razão das matérias argüíveis mediante exceção de pré-executividade serem de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a natureza jurídica do instituto é de objeção.[11]

Diferenciando-se dos mencionados autores, Olavo de Oliveira Neto defende que a natureza jurídica é de incidente processual. Sustenta, ainda, que o incidente de pré-executividade não pode ser concebido como exceção em sentido estrito (conforme as exceções previstas no CPC), uma vez que a exceção depende de argüição da parte. Frise-se:

> "O conteúdo do incidente de pré-executividade deve ser considerado como uma questão prejudicial a ser de plano decidida pelo juiz (...) ora, seja matéria processual, seja matéria de mérito, o conteúdo do incidente de pré-executividade impede que se defina o mérito da execução, que é a realização do conjunto dos atos executivos com a satisfação da obrigação contida no título."[12]

---

(10) ROSA, Marcos Valls Feu. Op. Cit., p. 97.
(11) SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de Pré-executividade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 84.
(12) OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

No mesmo diapasão, Alberto Camiña Moreira[13] sustenta que a exceção de pré-executividade é ato de natureza incidental. Ou seja, é um "incidente defensivo" que recai sobre o processo de execução, na medida em que a sua argüição pelo devedor constitui momento novo no processo, fora do caminho então previsto, que caracteriza, assim, o incidente.

Diante dessas considerações, parece mais correto afirmar que a natureza da exceção de pré-executividade é de incidente processual.

(13) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 41.

VI - Oportunidade

Não é pacífica na doutrina a questão relativa ao momento em que se poderá, no processo de execução, fazer uso da exceção de pré-executividade.

No entender de Pontes de Miranda[14], a exceção de pré-executividade deveria se submeter ao prazo geral das "exceções processuais". Àquela época, o Código vigente dispunha ser este prazo de três dias.

É interessante notar que o motivo que levou Pontes de Miranda a fixar o referido prazo foi a necessidade da celeridade do conhecimento e deferimento da exceção visando impedir os atos constritivos da execução, qual seja, a penhora.

Uma vez que fosse entendido o objetivo da exceção de pré-executividade como sendo o ataque à penhora, certamente disso resultaria que a oportunidade de oposição da exceção estaria limitada à efetivação da medida constritiva, pouco importando se a matéria fosse, ou não, de ordem pública.

Entretanto, a maioria da doutrina e da jurisprudência não pensa dessa maneira. Com efeito, prevalece o entendimento que sustenta que a finalidade do instituto é atacar o processo de execução constituído de forma irregular ou infundada. Nesse sentido, impedir a efetivação da penhora é uma possível conseqüência, e não o objetivo da exceção de pré-executividade, não podendo constituir-se em óbice à sua utilização.

Logo, esse entendimento defende que as matérias atinentes aos requisitos

(14) MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p. 132. Apud. NOLASCO, Rita Dias. Op. Cit., p. 196.

da execução não se sujeitam aos efeitos da preclusão, razão pela qual admite-se a possibilidade de apresentar a exceção de pré-executividade a partir do ajuizamento da ação de execução e até mesmo após os embargos à execução e à arrematação.

Galeno Lacerda esclarece que não existe preclusão, no curso do processo, para as respectivas alegações da parte, pois os pressupostos processuais e as condições da ação devem ser vigiados e decretados até de ofício pelo juiz. Por esse motivo, a exceção de pré-executividade "não se limita ao curto espaço de vinte e quatro horas entre a citação e a nomeação de bens à penhora."[15]

Alberto Camiña Moreira assume o mesmo posicionamento. Veja-se o que diz o autor:

> "Questões processuais, de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer tempo; da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação (...) todas as matérias passíveis de argüição por exceção de pré-executividade podem ser opostas em qualquer tempo no curso do processo, a teor dos artigos 267, § 3º, e 303, III, do Código de Processo Civil, 162 e 1.009 do Código Civil." [16]

Merece destaque a posição de Alexandre Câmara. O autor não diverge do entendimento majoritário da doutrina, que afirma não existir prazo para a oposição da exceção de pré-executividade. No entanto, reconhece que, efetivada a constrição judicial sobre o patrimônio do devedor, a exceção perde sua finalidade principal. Ressalte-se:

> "Considerando-se, porém, que a objeção de pré-executividade não tem o condão de suspender a execução, parece claro que, uma vez

(15) LACERDA, Galeno. Op. Cit., p. 14.
(16) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 62.

> feita penhora (ou o depósito, na execução para entrega de coisa), e estando ainda em curso o prazo de dez dias para oferecimento dos embargos do executado, não teria este nenhum interesse (por ser inútil, neste caso) no oferecimento deste meio de defesa. A objeção de pré-executividade poderá ser oferecida, assim, antes da apreensão de bens do executado, ou depois de encerrado o prazo para ajuizamento dos embargos, pois somente nestes momentos é que o instituto será de alguma utilidade para o executado."[17]

Observe-se, ainda, o que diz a ementa abaixo transcrita:

> "Agravo. Execução por título extrajudicial. Exceção de pré-executividade. Penhora. Embargos do devedor opostos. Oposição em seguida de exceção de pré-executividade. A exceção de pré-executividade é via processual criada pela doutrina e pela jurisprudência como meio do executado atacar a execução antes de consumada a penhora, restrita a sua interposição aos casos de matéria de ordem pública, de forma que se os executados tiveram bens penhorados e ofereceram embargos do devedor, não podem mais opor exceção de pré-executividade, porque a consumação da penhora trancou para eles a via anômala da exceção, cujo objetivo é propiciar a extinção do processo antes da penhora. Recurso desprovido." (TJ, 18ª C.C., AI nº 2004.002.12017, Des. Rel. Jorge Luiz Habib, Rio de Janeiro, j. 03 fev. 2005, DO 14 fev. 2005)

Dessa forma, parece mais correto o entendimento supra, que defende que, depois de concretizada a penhora, falta ao executado interesse de agir para opor a exceção de pré-executividade, que é justamente o ato que se visa coibir através desse meio de defesa.

(17) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 370.

VII - Legitimidade

Pode-se dizer que, de acordo com o entendimento majoritário dos autores, tem legitimidade para opor a exceção de pré-executividade o devedor indicado na inicial da execução.

No entanto, além do executado, há pessoas interessadas na execução, que têm responsabilidade executória secundária. São aquelas indicadas no artigo 592 do CPC, que, embora não sejam partes no processo, suportam as conseqüências práticas dos atos executivos. Por essa razão, o fiador, o cônjuge, o sócio que responda subsidiariamente pelas obrigações da sociedade ou o proprietário de um bem oferecido em hipoteca, por exemplo, podem opor a exceção de pré-executividade. O professor Alberto Camiña Moreira adota essa tese e assim se expressa:

> "Considerem-se ou não as pessoas mencionadas como parte da execução, é certo que estão legitimadas a argüir a exceção de pré-executividade; quem tem responsabilidade patrimonial pode levantar a exceção."[18]

Todavia, em que pese a pertinência e relevância da fundamentação do autor, a jurisprudência é contrária a essa posição. Frise-se:

> "Agravo de Instrumento. Execução por título extrajudicial movida contra emitente de cheque, único devedor constante daquele. Penhora efetuada tão somente sobre a meação exclusiva do devedor em parte do imóvel pertencente ao casal. Exceção de pré-executividade oposta pelo cônjuge mulher visando o reconhecimento da nulidade do título em execução por conter obrigação de pagamento em moeda estrangeira. Ilegitimidade ad causam decretada. Decisão que não se apresenta despida de fundamentação, não importando em vulneração ao art. 93, IX, da

(18) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 66.

> Magna Carta. Faculdade de apresentar a referida exceção somente concedida ao sujeito passivo da relação obrigacional. A intimação da penhora ao cônjuge (artigo 669, parágrafo único do CPC), in casu, somente foi efetuada em razão da lei material exigir permanecendo na posição processual de terceiro em relação à execução e daí não poder praticar atos de defesa privativos do executado.
> Decisão inadmitida. Agravo Improvido."(TJ, 14ª C.C., AI nº 1999.002.12668, Rel. Des. Maria Ines Gaspar, Rio de Janeiro, j. 08 fev. 2000, DO 25 fev. 2000)

> "Agravo de Instrumento. Ação de Execução. Descumprimento do artigo 525, i do CPC. Penhora. Intimação do cônjuge. Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade.
> As cópias das procurações outorgadas pelas partes aos seus patronos constituem peça obrigatória para a instrução do recurso. De qualquer sorte o recurso não merecia prosperar, haja vista que a intimação do cônjuge tem por condão o cumprimento da norma material que protege a meação e impede a oneração ou alienação sem o consentimento do outro (art.1648 do CC). Assim, permanece o cônjuge como terceiro ao processo de execução, cabendo-lhe opor-se à penhora do bem pela via dos embargos de terceiro, descabida a exceção de pré-executividade. Recurso não conhecido." (TJ, 11ª C.C., AI nº 2004.002.09217, Rel. Des. José C. Figueiredo, Rio de Janeiro, j. 1º set. 2004, DO 15 set. 2004)

Compartilha o mesmo entendimento do aludido autor Marcos Valls Feu Rosa, que defende que exceção de pré-executividade não é instrumento privativo do devedor. Acrescenta, ainda, que, além dos terceiros atingidos, o autor da execução, ou qualquer pessoa estariam legitimados a oferecer a exceção, sob o seguinte fundamento:

> "O que interessa é o fato de o juiz ser alertado, e o exame, ou reexame, das questões pendentes, o que, vale ressaltar, deveria ter sido feito de ofício. (...) A argüição da ausência dos requisitos da execução, portanto, pode ser feita por qualquer pessoa, até porque todos devem colaborar para o bom funcionamento da Justiça".[19]

Vale fazer uma crítica ao posicionamento supra citado, no que se refere à

(19) ROSA, Marcos Vall Feu. Op. Cit., p. 49.

possibilidade de o autor (exeqüente) ser parte legítima para opor a exceção.

Com efeito, é notória a existência de outros meios mais adequados para o autor argüir a ausência dos requisitos da execução, quais sejam: a desistência (previsto no art. 569 do CPC), ou até mesmo, no caso de vício sanável, requerer a sua regularização. Logo, não parece correto esse entendimento.

A jurisprudência não reconhece a legitimidade de terceiros para opor a exceção de pré-executividade, pois, em regra, este intervém no processo de execução através dos embargos de terceiro. Todavia, afirmar que só lhe caberiam embargos de terceiro significa restringir sua defesa. Veja-se o que diz Luiz Peixoto de Siqueira Filho a respeito:

> "Não sendo exigível o ajuizamento de embargos, nem segurança do juízo para que o devedor argua nulidades no processo de execução, seria razoável, também, admitir que o terceiro, cujos bens estivessem na iminência de serem penhorados, pudesse se valer da exceção de pré-executividade para ver sustada a ameaça."[20]

Por essa razão, parece mais coerente a entendimento que admite a possibilidade de um terceiro intervir no próprio processo execução, através da exceção de pré-executividade, sempre que este suportar os efeitos concretos do ato executivo.

(20) SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Op. Cit., p. 66.

VIII - Cabimento da Exceção de Pré-executividade

Observe-se que as principais divergências doutrinárias surgem quando se trata das hipóteses de cabimento.

O posicionamento mais conservador limita a utilização da exceção de pré-executividade às matérias de ordem pública relacionadas às condições da ação executiva (como a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido) ou os pressupostos processuais (que são classificados em: pressupostos processuais de constituição, de validade e pressupostos processuais negativos), previstos nos incisos IV, V, e VI do artigo 267 do CPC.

O posicionamento majoritário admite o cabimento da exceção de pré-executividade para argüição de qualquer matéria que seja de ordem pública, que o juiz da execução deva conhecer de ofício, como exemplo, nos casos de vício do título executivo.

Por último, vale ressaltar o posicionamento doutrinário mais liberal que amplia as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade. Esse entendimento tem sido alvo de severas críticas por admitir que exceções substanciais, que ao juiz é vedado conhecer de ofício, sejam passíveis de argüição através desse meio de defesa, desde que possam ser conhecidas de plano. Trata-se de matérias relativas ao mérito da execução, como exemplo, a prescrição e o pagamento.

Constata-se que a jurisprudência já admite até mesmo a possibilidade da utilização da exceção de pré-executividade nas hipóteses em que o executado fica impossibilitado de embargar pela falta de bens penhoráveis.

Note-se, portanto, que desaparece o critério da iniciativa como elemento comum às matérias passíveis de serem argüidas através da exceção; ao passo que permanece um traço constante: o caráter restrito da prova. Portanto, só serão admitidas matérias que permitam que o juiz conheça de plano, ou seja, fica impossibilitada a produção de provas mais complexas (estas somente serão realizadas nos embargos).

Como bem ressalta Araken de Assis:

> "A atual amplitude do objeto da exceção, restringindo tão-só no âmbito da cognição, abandonou sua função originária, relativa ao controle da pretensão de executar. (...). O fundamento da iniciativa do executado abandona o altiplano constitucional, que, em princípio, lhe justifica, e se prende ao regime geral da alegação das invalidades".[21]

As divergências doutrinárias refletem-se na jurisprudência existente, conforme adiante se demonstrará.

(21) ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 525.

VIII. 1) Hipóteses de Cabimento

VIII.1.1) Ausência dos Pressupostos Processuais e Condições da Ação

Os pressupostos processuais, previstos no artigo 267, IV e V, do CPC, assim como as condições da ação, previstas no inciso VI do referido artigo, são requisitos necessários para a admissibilidade do processo.

Com efeito, as condições da ação são requisitos prévios à propositura da demanda, sem os quais não poderá ser proferido o provimento final do processo, sendo o demandante, nesse caso, carecedor de ação. A verificação das condições da ação deve ser feita rigorosamente no processo executivo, pois este ataca o patrimônio alheio.

Por outro lado, os pressupostos processuais são requisitos sem os quais não se forma um processo executivo viável. Por essa razão, tais matérias podem ser conhecíveis *ex offício* pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Sendo assim, o juiz não pode deixar de extinguir o processo quando for constatada a ausência de algum dos pressupostos processuais e das condições da ação, que constituem matérias de ordem pública. Todavia, quando, por algum motivo, este não o fizer, caberá ao executado argüir essas questões, admitindo-se que isso seja suscitado através da exceção de pré-executividade, sem a necessidade de oposição de embargos para que o executado leve tais matérias ao conhecimento do juiz, nos próprios autos da execução.

Observe-se o que diz Humberto Theodoro Júnior a respeito:

> "Não apenas por meio dos embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual, a argüição pode se dar por meio de simples petição nos próprios do processo executivo". [22]

Alguns doutrinadores e aplicadores do direito adotam posição mais ponderada no sentido de restringir a utilização da exceção de pré-executividade, admitindo-a somente nos casos acima mencionados. Veja-se a ementa:

> "Agravo de Instrumento. Indeferimento da exceção de pré-executividade. O devedor pode opor-se à execução sempre que o título seja controvertido, no que tange à ordem pública, apresentando o que a construção jurisprudencial denomina como 'exceção de pré-executividade'. Mas, tal incidente só é admissível para questionar-se a falta de condições da ação de execução ou a ausência dos pressupostos processuais. Sendo atendidos os pressupostos legais na ação de execução, não pode o executado pretender discutir os valores que lhe foram cobrados, o que depende de dilação probatória, providência que não se adequa a construção jurisprudencial erigida, intitulada como exceção de pré-executividade. Recurso conhecido e improvido."(TJ, 11ª C.C., AI nº 2004.002.03395. Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, Rio de Janeiro, j. 19 mai. 2004, DO 02 de jun. 2004)

Esse não parece ser o entendimento mais correto, pois inviabiliza a utilização do instituto em casos de flagrante ilegalidade da execução, como se demonstrará a seguir.

VIII.1.2) Falta ou Vício do Título Executivo

Da leitura do artigo 283 do CPC, pode-se afirmar que o título executivo é documento indispensável para a propositura da ação de execução.

---

(22) THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II. 30ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 263.

Basta pensar na hipótese em que se pretenda ajuizar ação de execução sem que o exeqüente disponha de título executivo. Nesse caso, parece absurdo que este ofereça um bem à penhora para que possa afirmar que, por falta de título executivo, seu patrimônio não pode ser penhorado.

Por outro lado, a existência do título não é suficiente para que o processo executivo exista e seja válido.

Com efeito, nos casos em que o título executivo em que se baseia a execução não se reveste dos requisitos de liquidez, certeza e ou exigibilidade, que são condições basilares exigidas no processo de execução, fica evidente a existência de vício fundamental que, conforme o disposto no artigo 618, I, do mencionado diploma legal, torna nula a execução.

Observe-se a lição de Humberto Teodoro Júnior:

> "Entre os casos que podem ser cogitados na exceção de pré-executividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o privam da força executiva, como por exemplo, as questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva." [23]

A jurisprudência apresenta julgados bastante elucidativos a respeito da questão. Veja-se a seguinte ementa:

> "I – A nulidade, como vício fundamental do título, pode ser argüida independentemente de embargos de devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar de ofício a existência de seus pressupostos formais contemplados na lei processual civil.
> II – Admissível, como condição de pré-executividade, o exame da

(23) Ibid. p. 264.

> liquidez, certeza e exigibilidade do título, a viabilizar o processo de execução.
> III – Recurso conhecido e provido".(STJ – Resp nº 124.364/PE, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Brasília, j. 05 dez. 1997, DJU 26 out. 1998).

Portanto, permite-se nessas hipóteses que o executado se oponha diretamente à execução a fim de atacar essa deficiente relação jurídica processual, que não se consolida por ausência dos requisitos formais do título, razão pela qual a execução não poderia sequer ter sido ajuizada.

VIII.1. 2.1) Títulos Rasgados, Rasurados ou Emendados

O título executivo é documento formal, razão pela qual deve ser o mais límpido possível e revelador dos fatos probandos de forma nítida, clara e indiscutível, sob pena de comprometer sua exigibilidade. Rasgões, emendas ou rasuras são vícios caracterizadores de falsidade material, por isso podem ser argüidos através da exceção de pré-executividade.

Assim entende Alberto Camiña Moreira, que enfatiza:

> "Os títulos executivos são documentos formais e deles exige-se a integridade suficiente para expressar o crédito. O documento que contiver rasgões, emendas ou rasuras torna-se imprestável como título executivo. Mas não é toda e qualquer rasura que torna imprestável o título, mas somente a que atinja pontos substanciais. A rasura que incide sobre ponto não substancial do documento não compromete sua integridade."[24]

(24) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 131.

VIII.1. 2. 2) Falsidade da Assinatura do Título Executivo

A assinatura do título é elemento essencial de sua formação. Evidenciada a falsidade da assinatura, deve-se admitir a argüição no próprio processo de execução, pois o que está em exame é a pretensão à execução, e não o mérito.

Pontes de Miranda, em seu notável parecer, advertiu:

> "Quando se pede ao juiz que execute a dívida, (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução) tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial. Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o documento público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer penhora". [25]

No mesmo diapasão, Galeno Lacerda dispôs:

> "(...). Se o título não for exeqüível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo há de se dizer, com mais razão, se o título for falso. Seria iniqüidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese se impusesse à defesa o grave ônus da penhora (...)." [26]

Assim, se o executado afirma que a assinatura constante do título extrajudicial é falsa com pertinência, ou seja, demonstrando a falsidade do documento, a questão é passível de ser discutida em exceção de pré-executividade, sem o ônus da penhora, no próprio processo de execução. No entanto, se houver necessidade de perícia grafotécnica, a questão só poderá ser discutida nos embargos, onde será admitida a dilação probatória.

---

(25) MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. p. 132. Apud. NOLASCO, Rita Dias. Op. Cit., p. 220.
(26) LACERDA, Galeno. Op. Cit., p. 11.

A jurisprudência não vem admitindo a argüição da falsidade de assinatura do título por meio da exceção de pré-executividade, sob o argumento de que a questão exige a produção de prova pericial, sendo, por essa razão, incompatível com esse meio de defesa. Frise-se:

> "Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Alegação de falsidade de assinaturas e da respectiva autenticação. Acerto da decisão que rejeitou exceção de pré-executividade que versa sobre matéria a ser discutida em sede de embargos de devedor, exigente de dilação que inclui prova técnica e sujeita ao devido processo legal. Tratamento igualitário as partes, que ao juiz cumpre assegurar (CPC, art. 125, I). Recurso desprovido."(TJ, 2ª C.C., AI nº 2003.002.03763, Rel. Des. Jesse Torres, Rio de Janeiro, j. 30 abril. 2003, DO 08 mai. 2003)

Ainda que essa preciosa ferramenta não venha sendo utilizada na prática, parece correta a posição da doutrina que defende que a falsidade da assinatura do título pode ser argüida em exceção de pré-executividade, pois é certo que prestigia a boa-fé e, ainda, serve como freio a manobras vis.

VIII.1.3) Nulidade da Execução

Importante tecer breves comentários acerca do disposto no art. 618, I, do CPC, que é alvo constante de críticas por parte da doutrina. O referido artigo dispõe que, a falta de certeza, liquidez ou exigibilidade do título acarreta a nulidade da execução.

Na verdade, ao exeqüente que possui um título que não seja líquido, certo e exigível, falta interesse processual de agir, que é uma das condições da ação e gera, portanto, a carência da ação de execução, sem que se possa falar em nulidade.

O inciso III do referido artigo também trata de nulidades de modo incorreto, ao dizer que, é nula a execução quando instaurada antes de se verificar a condição ou ocorrido o termo.

Com efeito, basta um raciocínio lógico para concluir que, enquanto não cumprida a condição, o título não é certo; e enquanto não ocorrido o termo, o título não será exigível. Assim, o inciso III é desnecessário, porque é já matéria constante do inciso I. Evidente, portanto, que faltará interesse processual enquanto não se vencer a dívida, ou não se fizer a contraprestação; que constitui uma das condições da ação, não sendo caso de nulidade da execução.

Desta feita, pode-se dizer que as hipóteses elencadas nos incisos I e III do artigo 618 dizem respeito à inexistência de condição para a ação de execução e a hipótese do inciso II se refere a pressuposto processual, todas possíveis de serem conhecidas de ofício, como se vislumbra dos art. 267, IV e VI e § 3º do CPC.

Embora o artigo 618 seja atécnico, a argüição de nulidades absolutas no processo executivo independe de argüição da parte, ou do oferecimento de embargos. A regularidade processual é matéria de ordem pública que não escapa ao crivo do juiz, pois sendo passível de ser suscitada a qualquer tempo, inclusive através da exceção de pré-executividade, quando não houver necessidade de produção de provas.

No que se refere às nulidades relativas (voltadas à proteção dos interesses das partes), embora estas não sejam decretáveis de ofício, poderá o executado alegar o vício, na primeira oportunidade, o que poderá ser feito através da exceção de pré-executividade.

VIII.1.3.1) Nulidade da Penhora

A penhora é ato processual de constrição do patrimônio do executado, constitui invasão à universalidade de bens a fim obter a satisfação do credor.

Importante ressaltar que alguns bens são excluídos da penhora por imposição legal, ora por razões de ordem pública, ora por atenção à humanidade, ora por atenção à solidariedade social.

O artigo 649 do Código de Processo Civil arrola os bens absolutamente impenhoráveis e o artigo 650 arrola os que, à falta de outros, podem ser penhorados. No primeiro caso, a penhora de bem imune ao gravame gera nulidade absoluta.

Por essa razão, o ataque à penhora que desobedeça aos parâmetros legais pode ser reconhecida pelo juiz em qualquer grau de jurisdição, sem a necessidade do oferecimento de embargos. Afinal, em caso de impenhorabilidade sobre o bem de família, por exemplo, a matéria é de ordem pública, não sujeita à preclusão.

A jurisprudência reconhece essa possibilidade. Veja-se:

> "Apelação cível. Embargos à execução. Penhora de bens em valor inferior à dívida. Falta de segurança do juízo reconhecida. Bens de família. Impenhorabilidade absoluta. Questão de ordem pública. Ampla defesa e efetividade do processo. Acolhimento dos embargos como defesa processual. Inexigibilidade de segurança.
> Apelação que objetiva anulação ou reforma da sentença, já que se realizou a penhora sem qualquer impugnação do exeqüente ou determinação no sentido de seu reforço, o que não pode prejudicar seu direito de defesa à alegação de ausência de segurança do juízo. Argumento que procede, sobretudo, em razão da possibilidade da exceção de pré-executividade para a discussão da impenhorabilidade do bem de família. Questão de ordem pública que deve ser conhecida em nome da ampla defesa e da efetividade do processo. Ademais, a penhora a menor, realizada por oficial de justiça, não pode ser imputada ao apelante a ponto de prejudicar-lhe a defesa. Causa

> madura, propiciando o julgamento desta corte no sentido de acolher a tese defensiva, independentemente da segurança do juízo, determinando-se a absoluta impenhorabilidade daqueles bens. Recurso provido."(TJ, AC nº 2004.001.26129, Rel. Des. Mario Guimarães Neto, Rio de Janeiro, j. 15 mar. 2005, DO 1º abril 2005)

Ressalte-se que o desfazimento da penhora não provoca a extinção do processo. O título subsiste e, com ele, a demanda executória. Nesta hipótese, assiste ao credor direito de renovar o ato sobre outros bens do executado (art. 667, I, do CPC), observando, desta vez, os aspectos formais.

VIII.1.3.2) Nulidade da Arrematação

A arrematação é o meio executório através utilizado na execução no qual os bens penhorados serão alienados para, com o produto dessa alienação, satisfazer o credor.

Como ato processual que é, a arrematação está prevista em lei, e a desobediência pode acarretar sua invalidade (por exemplo, a falta de intimação do devedor).

O artigo 746 do CPC prevê a hipótese de embargos à arrematação, como meio adequado para argüir nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora.

No entanto, os embargos não são o único meio à disposição do executado para o desfazimento da arrematação. Existem autores que entendem que o desfazimento arrematação pose ser declarado até mesmo de ofício, ou, ainda, pode ser requerido mediante simples petição. Observe-se o que diz a jurisprudência a respeito:

"(...).
III – A nulidade da arrematação pode ser declarada de ofício pelo Juízo ou a requerimento do interessado, por simples petição, nos próprios autos da execução, dispensada a oposição dos embargos à arrematação.
IV – Conquanto não seja caso de ajuizamento dos embargos de segunda fase, não deixará o Juízo de conhecer da nulidade decorrente da arrematação por preço vil e declará-la porque suscitada por esse meio." (STJ, 4ª Turma, Resp. nº 100.706, Rel . Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, j. 27 out. 1998, DJU 1º mar. 1999)

VIII.1.4) Prescrição

A prescrição é a perda do direito subjetivo a exigir uma prestação, por influência do tempo e da inércia na relação jurídica.

A prescrição tem o efeito de extinguir o processo, com julgamento do mérito, de acordo com o artigo 269, inc. IV, do CPC. Ou seja, quando o juiz acolhe a prescrição, está julgando o mérito, ainda que não ingresse nas demais questões levantadas no processo.

Conforme se depreende da leitura do art. 194 do CPC, o juiz não pode decretar de ofício a prescrição, razão pela qual os embargos à execução, em tese, apresentam-se como o meio adequado para alegação e discussão acerca dessa matéria.

No entanto, em sede doutrinária e jurisprudencial tem sido admitida a argüição de prescrição no próprio processo de execução, independentemente de embargos, nos casos em que for possível evidenciar a ocorrência, de forma imediata e óbvia, ao simples exame do título executivo.

Nesse sentido, sustenta José Eduardo Carreira Alvim:

> "Assim não me parece, porquanto tais limites não impedem que o excipiente, em circunstâncias especiais, alegue também questões de ordem privada (particular), como, *v.g.,* a prescrição, o pagamento, a novação (exceções substancias), porquanto estando o executado numa dessas circunstâncias, seria um *non sense* a penhora de seus bens tão-somente para que o juiz, conhecendo da sua defesa, extinguisse o processo de execução."[27]

Observe-se o que preceitua o acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão:

> "Execução Fiscal. Processo Civil. Prescrição. Exceção de Pré-executividade. Possibilidade Antes dos Embargos do Devedor e da Penhora. Lei 6.830/80 art. 8º, § 2º. CPC. Artigos 219, §§§ 2º, 3º e 4º, e 620. CTN, artigo 174 e Parágrafo Único.
> 1 – Denunciada a ocorrência de prescrição, verificação independente da produção ou exame laborioso de provas, não malfere nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento de 'pré-executividade', independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia segurança do juízo. Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado, ferindo o espírito da lei da execução, que orienta no sentido de serem afastados, art. 620, do CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao princípio da instrumentalidade adiar para os embargos a extinção do processo executivo.
> 2 – A prescrição somente considera-se interrompida efetivando-se a citação e não por decorrência do despacho ordenatório da citação. Interpretação das disposições legais aplicáveis.
> 3 – Precedentes jurisprudenciais.
> 4 -Recurso provido."(Resp 179.750/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Brasília, j. 06 ago. 2002, DJU de 23 set. 2002).

O mesmo colegiado também já se pronunciou no sentido de aceitar a alegação incidental de prescrição diante da impossibilidade de o executado oferecer embargos, pela falta de bens penhoráveis. Eis a ementa da decisão:

---

(27) ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 346.

> "Processual Civil. Execução. Possibilidade de alegação, antes da penhora, de fatos extintivos do direito (prescrição). Embargos Infringentes parciais. Limites de sua apreciação. Inexistindo bens penhoráveis, circunstância certificada pelo meirinho (e, em conseqüência, suspenso o processo de execução), desnecessária e prejudicial à economia processual a indefinida espera para que o juiz se manifeste sobre a extinção do crédito, em face da prescrição, cuja se ultima com a satisfação de seu objeto, que é o pagamento ao credor. Pode, porém, estancar diante de empeços inarredáveis, como, ad-exemplum, nos casos de extinção do próprio direito do crédito do exeqüente, podendo, em hipóteses excepcionais, o juiz extinguir o processo executório, antes mesmo de seguro o juízo, com a penhora. (...) Recurso a que se dá provimento, em parte. Decisão discrepante." (Resp 59.351/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Brasília, j. 11 abr. 1996, DJU 27 mai. 1996)

No entanto, esse entendimento não é pacífico, existindo até mesmo opiniões divergentes nessa mesma Corte. Veja-se, pois, que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça recusa a possibilidade de que seja reconhecida a prescrição por meio da exceção de pré-executividade, consoante se observa através da seguinte ementa:

> "Recurso Especial – alíneas "a" e c" – Execução fiscal – Exceção de pré-executividade – Pretendido reconhecimento da ocorrência de prescrição - Impossibilidade.
> Prevalece o entendimento de que a exceção de pré-executividade deve restringir-se às matérias de ordem pública que podem ser reconhecidas de ofício pelo julgador ou em relação à eventual nulidade do título que não dependa de contraditório ou dilação probatória.
> No tocante à prescrição, cujo reconhecimento não pode ocorrer de ofício, somente se admite a defesa do executado por meio de embargos.
> Recurso especial improvido."(STJ, 2ª Turma, Resp nº 596.883/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, Brasília, j. 14 dez. 2004, DJU 11 abr. 2005).

No mesmo sentido:

> "Executivo fiscal. Exceção de pré-executividade. Sentença acolhendo-a e julgando extinto o feito pela ocorrência de prescrição

> intercorrente. Recurso de Apelação Cível. Reforma, pois a matéria é cabível em sede de embargos à execução. Impossível a apreciação por meio de exceção de pré-executividade das alegações de prescrição, decadência ou nulidade de citação, matérias típicas de embargos, na forma dos arts. 745 c/c 741, incisos I (falta ou nulidade de citação), II (inexigibilidade do título) e VI (causa impeditiva, prescrição) do CPC. Ademais, o atraso processual não foi por culpa do credor. Jurisprudência a respeito. Provimento do recurso." (TJ, 11ª C.C., AC nº 2004.001.28098, Rel. Des. Otavio Rodrigues, Rio de Janeiro, j. 26 nov. 2004, DO 1º dez. 2004)

A despeito de alguns juristas rejeitarem a possibilidade da prescrição ser argüível em exceção de pré-executividade, parece mais correto o posicionamento que a admite.

Ressalte-se que, em se tratando de título judicial, se o devedor, no processo de conhecimento, não argüiu a prescrição, seu silêncio deve ser interpretado como renúncia tácita; não podendo ser argüida no processo de execução. No entanto, se a prescrição ocorreu superveniente à sentença, poderá ela ser alegada e reconhecida. E, por fim, no caso de execução de título extrajudicial, a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo em se tratando de prescrição de direitos patrimoniais que o juiz não pode conhecer de ofício.

VIII.1. 5) Pagamento

O pagamento é fato extintivo do direito material do exeqüente. Trata-se de matéria atinente ao mérito da execução, que ordinariamente deveria ser alegada em sede de embargos.

Todavia, revela-se um demasiado formalismo a exigência de embargos e, conseqüentemente, da penhora, somente para pedir a extinção do processo (uma vez que, havendo o pagamento da quantia cobrada na execução, terá ocorrido o

adimplemento e, conseqüentemente, a extinção da obrigação). Assim, tem-se admitido que o executado alegue o pagamento através da exceção de pré-executividade.

Observe-se, ainda, que muitos doutrinadores consideram o pagamento como objeção de direito material que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, independentemente de embargos.

Veja-se o que diz Alberto Camiña Moreira:

> "Ora, se o juiz pode, por óbvio, produzir sentença anulável, tem de conhecer de ofício do pagamento demonstrado nos autos, constituindo-se, então, o pagamento, em verdadeira objeção, e, como tal, deve ser conhecida a qualquer tempo, no processo de conhecimento e no de execução."[28]

> "Exigir embargos com a finalidade de pedir a extinção da execução pelo pagamento é grave atentado à instrumentalidade do processo já que a solução pode ser obtida pelo modo simples de exceção da pré-executividade."[29]

No mesmo sentido se posiciona Cândido Rangel Dinamarco, que também indica o pagamento como matéria que cabe ao juiz conhecer até mesmo ao apreciar a petição inicial executiva, ou seja, o pagamento implica conhecimento de ofício pelo juiz. Observe-se:

> "Admite-se em princípio, pela via da objeção de pré-executividade, todas as defesas fundadas nos requisitos da execução que o juiz deveria conhecer de ofício porque, como é óbvio, tudo o que o juiz pode e deve decidir espontaneamente ele pode decidir quando provocado pela parte. O pagamento está incluído nessa possibilidade, porque dele o juiz poderia conhecer até mesmo ao apreciar a petição inicial executiva." [30]

---

(28) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 163.
(29) Ibid. p. 164.
(30) DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 716.

Frise-se a orientação da jurisprudência:

> "Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Conceito. Requisitos. Garantia do juízo. Devido Processo Legal.
> 1 – A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução , ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução; o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta de preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor.
> 2 – Predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais), reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, ser objeto da exceção de pré-executividade (na verdade objeção de pré-executividade, segundo alguns autores que apontam a impropriedade do termo), até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com o dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação. Por ser ilegítima a parte, por não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistente os pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica processual e, ainda, por se mostrar a autoridade absolutamente incompetente.
> 3 – Há possibilidade de serem argüidas também causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito do exeqüente (v. p. pagamento, decadência, prescrição, remissão, anistia, etc.) desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que seja de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução.
> 4 – Isso não significa estar correta a alegação, de certa forma freqüente principalmente em execuções, de que, com a promulgação da atual Constituição Federal, a obrigatoriedade da garantia do juízo para oferecimento de embargos mostrar-se-ia inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal. É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao Poder Judiciário, deduzindo pretensão e podendo se defender com a maior amplitude possível, conforme o processo descrito na lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo lega, haja o desapossamento de bens e da liberdade da pessoa. Havendo um processo descrito na lei, este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesse do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também

> rege a relação processual. Agravo improvido". (TRF 3ª Região, AI nº 51.242/SP, 3ª Turma, Rel. Manoel Álvares, DJU 18.11.1998).

Seja questão de mérito, seja objeção, parece justo admitir o pagamento como matéria passível de ser argüida em exceção de pré-executividade, a fim de se evitar que o devedor seja submetido a uma execução abusiva (tendo em vista que o ato torna a execução sem objeto).

No entanto, deve-se ter cautela ao admitir a alegação de pagamento. Se não tiver sido comprovada, com clareza, a quitação do débito ou, havendo necessidade uma análise mais profunda da questão (com a produção de prova mais complexa), o único caminho é o dos embargos.

VIII.1.6) Excesso de Execução

A possibilidade de o excesso de execução ser alegado por exceção de pré-executividade gera polêmica na da doutrina e na jurisprudência.

O excesso de execução ocorre nas seguintes hipóteses: quando o credor pleitear quantia superior à do título, quando o seu pedido recair sobre coisa diversa daquela declarada no título ou, ainda, quando o credor exigir o cumprimento da obrigação do devedor sem cumprir a prestação que lhe corresponde.

Alberto Camiña Moreira defende que, se o devedor dispõe de elementos que possam revelar ao juiz que o valor que o credor pretende receber é excessivo e incompatível com o seu título, é perfeitamente cabível o ataque à execução por meio da exceção de pré-executividade.

O autor ressalta, ainda, que o excesso de execução só poderá ser argüido em exceção de pré-executividade quando a desproporção entre o valor pedido e o que resulta do título (na hipótese do art. 743, I, do CPC) não demande alta indagação e seja perceptível a olho nu. Se houver controvérsia ou necessidade de consultar o contador ou perito, qualquer correção só poderá ser feita nos embargos que vierem a ser opostos.[31]

Cândido Rangel Dinamarco tece os seguintes comentários:

> "Executar em excesso é executar sem título, total ou ao menos parcialmente. Quem postula valor maior do que o resultante do título está desprovido de título pela diferença; quem postula alguma coisa certa além daquela que o título indica, também carece de título quanto à coisa que unilateralmente houver acrescido; quem postula coisa diferente da que consta do título ou direito de natureza diversa está inteiramente desprovido de título executivo. Por isso, extinguir a execução nessas hipóteses é extingui-la por falta de título; reduzir seu objeto é fazê-lo para que sequer em parte se execute sem o apoio de um título executivo."[32]

Ainda debatendo sobre a possibilidade ou não do executado rebelar-se contra o excesso de execução, Alberto Camiña Moreira observa:

> "Para nós a matéria é de ordem pública, significa ausência de certeza e, pois, de título executivo, matéria encartável nas condições da ação, e que pode e deve ser conhecida no processo de execução a todo o tempo, de ofício pelo juiz ou por provocação pela parte, independentemente de embargos. Há carência de ação relativa ao excesso." [33]

Embora existam autores que defendam a possibilidade de atacar o excesso de execução através da exceção de pré-executividade, a doutrina majoritária e a jurisprudência firmam entendimento contrário.

(31) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 156.
(32) DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 713.
(33) MOREIRA, Alberto Camiña. Op. Cit., p. 154.

O que freqüentemente se vê são decisões em que o magistrado indefere liminarmente a exceção quando fundada em excesso de execução, por entender que se trata de questão complexa, que só pode ser tratada em sede de embargos. Frise-se:

> "Agravo de Instrumento. Exceção de pré-executividade. Título executivo judicial. Execução de multa cominatória. Meio procedimental impróprio. Ausência de comprovação de se tratar de matéria de ordem pública. A exceção de pré-executividade, como medida excepcional, não se presta a desconstituir o título executivo judicial, levado à execução, ainda que sob o fundamento de excesso de execução, tendo em vista haver meio próprio para tanto, seja através da querela nullitatis ou através da via dos embargos do executado, com a necessária garantia do juízo. O excesso de execução não é matéria passível de ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, como medida excepcional, não se tratando de matéria de ordem pública. Recurso improvido." (TJ, 6ª C.C., AI nº 2004.002.00680, Rel. Des. Luiz Zveiter, Rio de Janeiro, j. 12 jan. 2005, DO 24 jan. 2005)

> "Exceção de pré-executividade. Matéria que diz respeito somente ao excesso de execução deve ser tratada em sede de embargos do devedor, e não como exceção de pré-executividade."(TJ, 12ª Câmara Cível, AI nº 70000589275, Rel. Des. Cezar Tasso Gomes, Rio Grande do Sul, 04 mai. 2000)

Este parece ser o entendimento mais correto, uma vez que o excesso de execução é matéria de defesa típica dos embargos de devedor, conforme previsto no artigo 741, V, do CPC.

IX) A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal

A execução fiscal tem regras próprias, previstas na Lei 6.830/80. Por essa razão, merece considerações à parte no que diz respeito à possibilidade de ser utilizada a exceção de pré-executividade nessas demandas.

Em nome da supremacia do interesse público, a Fazenda Pública goza de privilégios e prerrogativas. Quando esta figurar no pólo passivo no processo executivo, o procedimento será distinto daquele movido contra o particular, considerando-se que, além de não se submeter à regra da garantia do juízo como pressuposto para o oferecimento de embargos, os bens públicos são impenhoráveis.

Quando a Fazenda Pública figurar como credora, a execução seguirá o procedimento especial previsto na Lei 6.830/80. A Fazenda Pública, portanto, possui um instrumento próprio para a cobrança de seu crédito.

A Lei 6.830/80 tem por objeto a execução judicial - que será sempre por quantia certa - da dívida ativa da Fazenda Pública, e abrange tanto os créditos tributários como os não-tributários (aqueles provenientes de multas, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação etc.).

Um dos privilégios da Fazenda Pública consiste em criar o seu próprio título executivo, independentemente da colaboração do devedor. O ato pelo qual a Fazenda credora cria o título se designa de inscrição, da qual se extrairá um transado designado de certidão da dívida ativa.

A certidão da dívida ativa é título executivo extrajudicial e goza de presunção de certeza e liquidez, de acordo com o art. 3º, da Lei 6.830/80. No entanto, esta presunção é relativa, pois pode ser afastada por prova inequívoca.

Embora o processo de execução fiscal possua regras próprias, pouco difere da execução comum. Na execução fiscal, o executado é citado para pagar a dívida ou garantir o juízo, mediante a constituição de depósito em dinheiro, de fiança bancária ou por nomeação de bens à penhora, no prazo de cinco dias (diferente do CPC, que prevê o exíguo prazo de vinte e quatro horas para o executado garantir o juízo). Efetivada a garantia da execução, o executado poderá opor embargos no prazo de trinta dias.

A Lei de Execução Fiscal, assim como o Código de Processo Civil, não criou um sistema de defesa direta do executado no bojo do processo executivo. Talvez se explique, desse modo, a firme rejeição que havia na jurisprudência quanto à admissibilidade da exceção de pré-executividade no processo de execução fiscal, em virtude de sua incompatibilidade com o artigo 16 da Lei 6.830/80. Veja-se a seguinte ementa:

> "Processual. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Admissão antes dae efetivada a penhora. Impossibilidade.
> I – O sistema consagrado no art. 16 da Lei 6.830/80 não admite as denominadas "exceções de pré-executividade".
> II – O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para a realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe rapidez.
> III – Nada impede que o executado – antes da penhora – advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer 'tábula rasa' do preceito contido no art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário."(Resp

> 143.571/RS – 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 22 set. 1998, DJU 1º mar. 1999).

No entanto, atualmente é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de acolher a exceção de pré-executividade contra a Fazenda Pública.

Se a exceção de pré-executividade visa obstar a execução injusta, abusiva, ou flagrantemente ilegal, e é cabível em qualquer espécie de execução, pode também ser utilizada contra a pretensão executiva da Fazenda Pública, ainda mais se for considerado o fato de que esta se encontra fundada em um título executivo formado unilateralmente pelo Poder Público.

Observe-se, ainda, que o acatamento da exceção de pré-executividade na execução fiscal abrevia o curso do procedimento da execução, evitando a prática de atos que se revelarão inúteis ao final, com dispêndio para o Poder Judiciário e desgaste para as partes do processo.

Existem inúmeros acórdãos que reforçam o cabimento da exceção de pré-executividade no processo de execução fiscal. Nesse sentido:

> "I – é possível ao executado, em casos especiais, insurgir-se contra o despacho inaugural proferido em executivo fiscal, com fundamento na nulidade da execução, sem recorrer aviados embargos e sem estar seguro o juízo.
> II – Se a nulidade da execução pode ser reconhecida de ofício, claro está que poderá ser argüida pela parte a qualquer tempo, não sendo necessário, por isso, que o juízo esteja previamente seguro pela penhora ou que haja, necessariamente, a obrigatoriedade de serem opostos embargos." (TJ, AC nº 66.464 – 2ª Câmara, Rel. Des. Munir Karam. Paraná, 18 mai.1996).

Em tema de execução fiscal, tem se admitido a exceção de pré-executividade em hipóteses que constituem causas extintivas, modificativas ou

impeditivas da exigência do título que fundamenta a execução. Assim, impedem o prosseguimento do processo executivo e acarretam a sua extinção.

Ademais, em se tratando de execução fiscal em que restar configurada causa impeditiva ou extintiva do crédito tributário, este nem mesmo poderia ter sido constituído e levado em execução na via judicial.

Recentemente a jurisprudência tem entendido que é possível, por meio da exceção de pré-executividade, a argüição de prescrição intercorrente dos créditos constituídos em favor da Fazenda Pública, ainda que tal matéria não possa ser conhecida de ofício pelo juiz. É imprescindível, para tanto, que a prescrição seja perceptível de plano, uma vez que a exceção não comporta a produção de provas. Veja-se:

> "Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Tributário. Execução fiscal. (lei 6.830/80. art. 16, § 3º). Exceção de pré-executividade. Argüição de prescrição. Possibilidade. Despacho citatório. Art. 8º, § 2º, da lei 6.830/80. art. 74 do CTN. Interpretação sistemática.
> 1 – (...).
> 2 – A exceção de pré-executividade é servil à questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva.
> 3 – O espectro das matérias suscitáveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a argüição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis).*
> 4 – Consectariamente, a veiculação da prescrição em exceção de pré-executividade é admissível."(STJ Resp nº 680.776/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 15 fev. 2005)

> "Direito Processual Civil. Art. 557 da Lei Processual. Recurso manifestamente procedente. Decisão contrária a jurisprudência dominante de Tribunal Superior. Execução fiscal. Argüição de prescrição de crédito tributário. Exceção de pré-executividade. Alegada a prescrição pelo executado e não dependendo de dilação probatória, nada obsta o seu reconhecimento pela via da exceção de

pré-executividade. Precedentes. Superior Tribunal de Justiça. 'Tributário e processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Argüição de prescrição. Possibilidade. Súmula nº 07/STJ. A exceção de pré-executividade é admitida em sede de execução fiscal, com cautela, pois o artigo 16 § 3º, da Lei 6.830/80 determina expressamente que a matéria de defesa deve ser argüida em embargos. A jurisprudência desta Corte restringe a exceção de pré-executividade às matéria de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificada de plano. A prescrição é matéria que pode ser argüida em sede de exceção de pré-executividade, desde que sua aferição possa ocorrer de imediato, independentemente de dilação probatória. (...)' (STJ 1ª Turma, Resp nº 627016/RJ, Min. Francisco Falcão). Desprovimento do recurso." (TJ, 6ª Câmara Cível, AI nº 2004.002.18921, Des. Rel. Nagib Slaibi Filho, Rio de Janeiro, 25 jan. 2005)

X) Efeitos da Exceção de Pré-executividade

A doutrina diverge a respeito dos efeitos causados pela oposição da exceção de pré-executividade.

Marcos Valls Feu Rosa entende que a argüição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso, quando posta em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação. São suas palavras:

> "A execução consiste numa série de atos tendentes à desapropriação de bens. Nessas condições, cada passo do procedimento representa uma violação ao patrimônio do devedor, e aproxima o ato final expropriatório. Não se pode, por isso, aguardar fase processual alguma para discutir a presença dos requisitos. Havendo fundadas razões para tanto, deve a execução ser suspensa a fim de ser verificada a regularidade processual. Somente assim a expropriação de bens será feita com a observância do devido processo legal." [34]

Argumenta, ainda, que, se o CPC prevê a suspensão do processo quando é oferecida exceção atinente a requisitos sujeitos à preclusão (art. 305), com mais razão deverá a execução ser suspensa quando argüida a ausência de requisitos de ordem pública.

O referido autor ressalta, ainda, que, somente após o recebimento expresso, pelo juiz, da argüição da ausência dos requisitos da execução é que pode ser considerado suspenso o processo executivo. Dessa forma, evita-se a utilização da exceção de pré-executividade para fins protelatórios.

Por fim, aduz o autor que, uma vez suspenso o processo de execução, o

(34) ROSA, Marcos Valls Feu. Op. Cit., p. 78.

prazo para embargos também é suspenso. Decidida que seja a argüição, recomeçará a correr o prazo para os embargos a partir da intimação da decisão.

Opõe-se a esse posicionamento Cândido Rangel Dinamarco, que rejeita a possibilidade de suspensão do processo executivo diante da exceção de pré-executividade. Caso contrário, se estaria comprometendo a eficácia do título executivo e abrindo caminhos para a eternização dos conflitos. Sustenta o professor:

> "Permitir que também nesses casos a execução se suspendesse seria abrir caminho para indulgências prejudiciais ao crédito e ao credor, além de comprometer a eficácia do próprio Poder Judiciário. Se a objeção de pré-executividade deduzida antes da penhora suspendesse o processo executivo e impedisse a realização desta, o credor ficaria no risco de perder a oportunidade de obter bens para a satisfação de seu crédito; sendo ela apresentada depois do prazo para embargar, seu efeito suspensivo seria um prêmio ao executado negligente ou malicioso e um severo castigo ao credor, que deveria esperara mais meses ou anos do que ordinariamente já espera no processo executivo".[35]

Mesma opinião compartilha o autor Araken de Assis, que diz o seguinte:

> "O oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso, porque os casos de suspensão do processo encontram-se legalmente previstos, (...). Por conseguinte, em homenagem ao princípio da eventualidade, o executado deverá nomear bens, no prazo legal, sob pena de preclusão dessa conveniente faculdade."[36]

No mesmo sentido, Leonardo Grecco argumenta que "por essa informalidade, o oferecimento da exceção não suspende a execução."[37]

---

(35) DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 787.
(36) ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 526.
(37) GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 627.

Alberto Camiña Moreira sustenta que "a exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal."[38]

Observe-se que, no direito brasileiro, quase todos os textos legais pertinentes à suspensão do processo revelam a suspensão necessária, ou seja, decorre automaticamente das causas indicadas na lei ou mediante ato vinculado do juiz, que de ofício determina a suspensão.

Logo, por tratar-se de uma defesa de caráter excepcional, que não está prevista em lei, parece mais correto afirmar que a exceção de pré-executividade não tem o condão de suspender a execução, tampouco o prazo para oferecimento de embargos.

Ademais, observe-se que, na prática, o efeito suspensivo é atribuído em casos que demandem a produção de provas. Portanto, é incompatível com a exceção de pré-executividade que, em razão de sua informalidade, não pode tumultuar o processo, tampouco provocar a instauração de dilação probatória no bojo da execução.

Logo, oposta a exceção de pré-executividade, a execução prossegue ordinariamente, exercendo-se constrições sobre bens e realizando-se os demais atos do processo.

Outro não é o entendimento da jurisprudência. Veja-se:

---

(38) MOREIRA. Alberto Camiña. Op. Cit., p. 192.

> "Processo Civil. Agravo no agravo de instrumento. Processo de execução. Acórdão. Omissão. Deficiente fundamentação. Exceção de pré-executividade. Suspensão da execução. Impossibilidade. Penhora sobre dinheiro. Meio gravoso ao devedor. Instituição financeira. Preqüestionamento. Ausência.
> I - (...).
> II – a oposição de pré-executividade, por si só, não suspende o processo de execução, salvo na hipótese em que o devedor tenha ajuizado previamente ação revisional com o intuito de discutir o valor do débito cobrado. Precedentes. Agravo de Instrumento a que se nega provimento." (AgRg no AI 540532/PR. 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 23. mar. 2004, DJU 19 abril.2004)

Note-se, ainda, que, em atenção ao princípio do contraditório, o juiz deve fixar prazo para o que o exeqüente se manifeste a respeito da exceção.

No que diz respeito ao recurso cabível contra a decisão que julgar a exceção de pré-executividade, o tema não oferece maior dificuldade.

O pronunciamento judicial que rejeitar a exceção de pré-executividade será decisão interlocutória, sujeita a recurso de agravo de instrumento sem efeito suspensivo. De outro lado, o provimento que acolher a exceção e, em conseqüência disto, extinguir o processo de execução, com ou sem julgamento do mérito (conforme o caso) terá natureza de sentença, sendo recorrível através de apelação.

Além disso, no caso de exceção de pré-executividade oposta em execução fiscal, a sentença se sujeitará a reexame necessário, pois não há dúvida que foi julgado improcedente a pretensão executória da Fazenda Pública, embora sem o oferecimento de embargos (com observância do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 475 do CPC).

XI) Exceção de Pré-executividade e os Embargos

Importante trazer ao conhecimento a polêmica existente no que diz respeito ao efeito decorrente da rejeição à exceção de pré-executividade.

Marcus Valls Feu Rosa entende ser possível a utilização da exceção de pré-executividade e dos embargos, desde que essas duas vias não sejam utilizadas concomitantemente. Frise-se:

> "Nada obsta a que seja argüida a ausência dos requisitos da execução através da exceção de pré-executividade e que, posteriormente, venha a ser discutida novamente, a mesma matéria, em sede embargos.
> Da mesma forma e, em ordem inversa, discutida que seja a matéria em sede de embargos, poderá ser argüida a ausência dos requisitos da execução novamente, através da exceção de pré-executividade."[39]

No mesmo sentido é a opinião de Araken de Assis. O autor afirma que a rejeição da exceção de pré-executividade não obsta que o devedor suscite a mesma matéria, em sede de embargos. São suas palavras:

> "Apesar de rejeitada a exceção, ao devedor afigurar-se-á lícito alegar a matéria, outra vez, nos embargos. É que, em caso de rejeição, só ocorrerá preclusão, fenômeno interno ao processo executivo, jamais a eficácia da coisa julgada (art. 467), inexistente, sob qualquer circunstância, nos domínios executivos."[40]

Cândido Rangel Dinamarco acrescenta:

---

(39) ROSA, Marcos Valls Feu. Op. Cit., p. 99.
(40) ASSIS, Araken de. Op. Cit., p. 527.

> "Se os embargos houverem sido extintos sem julgamento do mérito (de *seu* mérito), ainda será possível suscitar a mesma matéria mediante uma objeção de pré-executividade; de igual modo, se o fundamento da objeção não foi objeto de apreciação os embargos serão admissíveis." [41]

No entanto, o ilustre processualista adverte que a exceção de pré-executividade não será admissível quando destinada a repor em discussão as mesmas defesas já repelidas nos julgamentos dos embargos ou pendentes de julgamento no processo destes; e inversamente, estes não serão admissíveis quando versarem matéria já apreciada a título de exceção de pré-executividade, o que parece ser o entendimento mais adequado.

Nesse sentido, preconiza Leonardo Grecco:

> "Como instrumento de plenitude de defesa, a exceção de pré-executividade (...); pode ser oferecida antes dos embargos ou depois destes (sobre matérias por estes não preclusas)."[42]

Frise-se o posicionamento da jurisprudência:

> "Processual civil. Resp. Agravo. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Exceção de pré-executividade. Súmula n. 233/STJ. Reconhecimento após o trânsito em julgado dos embargos. Possibilidade.
> I – Pacificou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que é possível o ajuizamento da exceção de pré-executividade fundada na Súmula n. 233/STJ, ainda que já julgados embargos do devedor, desde que não abordada anteriormente tal questão nos embargos.
> II – Agravo desprovido."(STJ - AgRg no Resp nº 634.003/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 14 set. 2004, DJU 07 mar. 2005).

---

(41) DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 717.
(42) GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 626.

> "Exceção de pré-executividade. Execução movida contra o fiador e a esposa. Alegação de ilegitimidade e nulidade do contrato de fiança, por falta de outorga uxória. As matérias já deduzidas nas ações de embargos do devedor e de terceiro, extintas sem o julgamento do mérito, não podem ser renovadas através da exceção de pré-executividade, configurando um verdadeiro bis in idem e retardando a prestação da tutela jurisdicional, que constitui uma garantia constitucional. Ocorrência de preclusão consumativa. Agravo Improvido."(TJ, 7 ª C.C., AI nº 2004.002.15439, Rio de Janeiro, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, j. 09 nov. 2004, DO 12 nov. 2004)

Embora esses últimos autores sustentem a possibilidade da exceção de pré-executividade ser oposta após os embargos quando versar sobre outras matérias que não tenham sido discutidas nestes, parece mais coerente o posicionamento que entende que isso não é possível, porque não teria utilidade argüi-las nesse momento (tendo em vista que a penhora já foi efetivada).

XII– Conclusão

O processo executivo tem por escopo a realização do crédito representado no título executivo, independente e mesmo contra a vontade co devedor. Sua estrutura interna é composta de atos destinados a retirar do patrimônio do devedor os bens suficientes à plena realização da obrigação representada no título.

A característica principal do processo de execução é a supremacia do credor em face do devedor. Este fato decorre da natureza do título executivo.

Antigamente, configurada a situação de ilegalidade da ação executiva, restava ao executado submeter-se à invasão de seu patrimônio para poder opor resistência à execução, através do oferecimento de embargos.

A necessidade de inibir essas execuções fez com que a doutrina criasse um meio de defesa para se argüir determinadas matérias, sem que se procedesse à penhora. Assim, surgiu a exceção de pré-executividade.

Gradativamente a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo expressamente a utilização dessa via que viabiliza o direito de defesa dentro do processo executivo e independentemente da segurança do juízo.

Por não haver previsão em lei, os lindes da exceção de pré-executividade não estão devidamente delimitados. Assim, após a análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, foi possível extrair as seguintes conclusões sobre este instituto:

Quanto à opção terminológica, apesar das críticas feitas por vários autores, a palavra "exceção" se consolidou no cotidiano forense, sendo a mais conhecida e utilizada pelos operados do direito.

Quanto à natureza jurídica do instituto, chega-se a conclusão que é de incidente processual.

Quanto ao prazo para o oferecimento da exceção de pré-executividade, embora a doutrina majoritária entenda que não existe, parece mais correto o entendimento que defende ser cabível antes de efetivada a penhora. Após a penhora, faltaria interesse de agir para sua argüição.

Em relação à legitimidade para oferecer a exceção de pré-executividade, admite-se que, além do executado, poderá o terceiro ou aqueles que tiverem responsabilidade secundária (art. 592 do CPC) argüi-la, quando a execução atingir o patrimônio destes.

Com relação ao cabimento, admite-se que podem ser argüidas através da exceção de pré-executividade as matérias referentes ao juízo de admissibilidade da ação, todas as matérias de ordem pública conhecíveis de ofício pelo juiz e, ainda, matérias atinentes ao mérito da execução, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Assim sendo, as hipóteses de cabimento não devem ser delimitadas pela matéria, mas pela cognição que o juiz pode efetuar.

Não há oportunidade para a produção de provas no processo executivo. Por isso, ao opor a exceção de pré-executividade, deve o executado juntar os documentos que comprovem a matéria alegada na petição. Ou seja, a prova deve ser pré-constituída nos autos, a fim de que possa ser comprovada de plano.

Em relação aos efeitos, a exceção de pré-executividade não suspende o processo executivo, uma vez que os casos de suspensão são somente aqueles previstos na lei. Por essa razão, o executado deve ficar atento ao prazo para oposição dos embargos de devedor.

Ao acolher a exceção de pré-executividade, o juiz irá extinguir o processo executivo, com ou sem julgamento do mérito (dependendo do caso concreto). Contra essa decisão caberá recurso de apelação. No entanto, se for rejeitada a exceção, o recurso cabível será o agravo de instrumento.

Deve-se ter em vista que o processo executivo deve ser um instrumento de realização efetiva dos direitos, de realização pronta, célere e pouco onerosa, enfim, um processo a serviço de metas jurídicas, sociais e políticas. Assim, a exceção de pré-executividade, como meio excepcional de defesa contra execuções infundadas ou ilegais, é de extrema relevância, pois evita graves injustiças e, ainda, atende ao interesse público quanto à economia processual.

Deve-se considerar, por outro lado, que não se deve fazer uso indiscriminado da exceção de pré-executividade, sob pena de se comprometer à efetividade da tutela jurisdicional, em detrimento da eficácia abstrata do título executivo.

Daí a necessidade de se fazer uso da exceção de pré-executividade com equilíbrio, a fim de conciliar, na medida do razoável, o interesse do credor que exige que a execução seja pronta, com o interesse do devedor que exige que a execução seja justa.

XIII – Referências Bibliográficas

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 356 p.

- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 1.341 p.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. 407 p.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. 918 p.

- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 626 p. 658 p.

- LACERDA, Galeno. *Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo*. Porto Alegre: Ajuris 23, 1981.

- LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado*: Exceção de Pré-executividade. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000. 242 p.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-executividade: Uma Denominação Infeliz, in *Temas de Direito Processual*. 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003. 397 p.

- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A Defesa do Executado e dos Terceiros na Execução Forçada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-executividade*: Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. 110 p.

- SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-executividade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999. 95 p.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 30ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 625 p.

- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.